

Les sociétés publiques locales : un nouvel instrument de gestion publique au service des collectivités territoriales

Par Juliette Chauliac

Il n'a fallu que quelques mois après sa publication pour que la loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales (SPL) soit appliquée. Plusieurs collectivités territoriales ont déjà choisi d'utiliser ce nouvel outil pour la gestion de leurs services publics ou la réalisation de leurs opérations d'aménagement.

La SPL est une société de droit privé, dont les règles de fonctionnement ne sont autres que celles applicables aux sociétés anonymes et aux sociétés d'économie mixte locales, mais dont l'originalité tient à son capital composé exclusivement de participations publiques. Pensée comme le prestataire intégré des collectivités territoriales qui la composent, la SPL complète la panoplie des outils contractuels à la disposition des collectivités territoriales.

L'objectif de la SPL est de permettre aux collectivités territoriales de contracter directement avec « leur » société

Depuis le 28 mai 2010, les collectivités territoriales disposent d'un nouvel instrument contractuel pour mener leurs politiques publiques : la société publique locale (SPL). Après la société publique locale d'aménagement (SPLA), que la loi du 28 mai 2010¹ a pérennisée, la SPL est issue d'une initiative des parlementaires soucieux de faciliter l'action publique locale, en offrant aux élus locaux la possibilité de disposer des souplesses d'une société à statut privé sans les contraintes du droit de la commande publique. Les parlementaires n'ont pas dissimulé l'objectif poursuivi par la SPL qui est de n'être pas contraint de mettre en concurrence la structure créée pour assurer une prestation. La loi a donc été élaborée au plus près des dernières évolutions de la jurisprudence communautaire en matière de quasi-régie. Elle tire en particulier les leçons de l'arrêt Stadt Halle du 11 janvier 2005² qui écarte toute qualification de quasi-régie lorsque le capital de la société appartient en partie, même de façon minoritaire, à une personne privée, mettant un point d'arrêt aux pratiques de l'économie mixte locale en France, en imposant aux élus locaux de mettre en concurrence leurs sociétés d'économie mixte (SEM). Le régime de la SPL apporte une réponse à cette jurisprudence en prévoyant notamment que son capital est exclusivement public.

La loi du 28 mai 2010 a ainsi donné naissance à une société d'un nouveau genre, inspirée des *Stadtwerke* en Allemagne. Disposant d'une palette élargie d'outils contractuels pour la mise en œuvre de leurs politiques publiques, les collectivités territoriales peuvent choisir de constituer une SPL pour la gestion de leur service public, la réalisation d'opérations de construction, ou « toute autre activité d'intérêt général ». En qualité de prestataire intégré, la SPL peut librement intervenir pour le compte des collectivités territoriales qui la détiennent sans qu'elle n'ait été sélectionnée après mise en concurrence.

1. La création des sociétés publiques locales ne porte pas atteinte au principe de libre concurrence

La loi prévoit que les SPL « sont compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ». Ce champ d'intervention extrêmement large a suscité des inquiétudes de la part des opérateurs économiques du secteur public local, qui ont vu la SPL comme un concurrent potentiel. Or, la SPL ne constitue qu'un nouvel outil à la disposition des collectivités territoriales qui conservent toujours le choix du mode de gestion de leurs services

¹ Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales, JORF n° 0122 du 29 mai 2010, page 9697.

² CJUE, 11 janvier 2005, Stadt Halle, affaire C-26/03.

publics, qu'elles peuvent toujours elles-mêmes prendre en charge lorsqu'elles disposent des moyens nécessaires (1.1.).

Par ailleurs, le fonctionnement de la SPL est soumis au droit des sociétés, les dispositions du code de commerce qui régissent les sociétés anonymes et celles du code général des collectivités territoriales concernant les SEM leur étant applicables (1.2.).

1.1. L'intervention d'une SPL ne méconnaît pas le principe de liberté du commerce et de l'industrie

Une collectivité a toujours la possibilité de gérer directement ses services publics. Cette liberté de choix dans la gestion des services publics, reconnue en droit français³, a également été reconnue au niveau communautaire⁴. Dans une affaire très récente, la Cour de justice de l'Union européenne rappelle qu'« une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, et qu'elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques⁵ ».

Or, le recours à une SPL en quasi-régie fait partie des modes de gestion directe du service public. La SPL en situation de quasi-régie ne peut être regardée et traitée comme un opérateur sur un marché concurrentiel. En agissant via une SPL en situation de quasi-régie, la collectivité territoriale agit par l'intermédiaire d'une extension d'elle-même. C'est d'ailleurs ce que rappelle le Conseil d'État lorsqu'il classe la gestion en quasi-régie, non comme un mode de dévolution du service public, mais comme une modalité de gestion directe de ce service public par la collectivité⁶.

³ CE, 29 avril 1970, Société Unipain, req. n° 77935, Rec. Ce 1970, page 280.

⁴ CJCE, Commission c/ Allemagne, 9 juin 2009, aff. C-480/06.

⁵ CJUE, Mehilainen Oy, aff. C-215/09, 22 décembre 2010, Cons. 31.

⁶ CE, Section, 6 avril 2007, n° 284736, A, Commune d'Aix-en-Provence.

La création des SPL ne vise pas à entraver l'activité des entreprises privées, mais se contente de prévoir une organisation particulière des collectivités et les moyens de leur coopération en les dotant d'un nouvel outil juridique. De même que les collectivités sont légitimes à exploiter leurs propres services en régie, elles doivent pouvoir recourir aux opérateurs internes qu'elles créent à cet effet.

Par ailleurs, les critères de la quasi-régie interdisent au prestataire d'accéder à une vocation d'opérateur économique sur un marché commercial. Tant que ces opérateurs ne proposent pas leurs services à des tiers, il s'agit d'une question de libre organisation des collectivités.

1.2. La SPL est soumise à la fois au régime des SEM et des SA

Les SPL, et notamment leurs règles de fonctionnement relatives à la gouvernance, aux partages des pertes et des bénéfices entre les associés, sont régies par le droit des sociétés. Elles sont donc soumises, selon les règles en cause, soit au régime des sociétés anonymes (SA) (titre II du code de commerce), soit à celui des sociétés d'économie mixte locales (titre II du livre V du code général des collectivités territoriales), en plus du régime propre que crée la loi.

La participation aux pertes et bénéfices est donc régie conformément aux dispositions de l'article 1832 du code civil. La composition, le fonctionnement et les pouvoirs des organes de gestion sont régis par les dispositions de l'article L. 1524-5 du code général des collectivités territoriales qui prévoit que les sièges sont attribués pour chaque collectivité ou groupement en proportion du capital détenu.

Par ailleurs, l'*affectio societatis* qui veut que « les associés collaborent de façon effective à l'exploitation dans un intérêt commun et sur un pied d'égalité, chacun participant aux bénéfices comme aux pertes » n'est pas méconnu.

La poursuite d'un but lucratif n'est pas interdite aux personnes publiques par principe dès lors qu'elles respectent la liberté du commerce et de l'industrie, le droit de la concurrence ainsi que, le cas échéant, le principe de spécialité.

Les collectivités territoriales conservent toujours le choix du mode de gestion de leurs services publics

La poursuite d'un but lucratif n'est pas interdite aux personnes publiques

2. Les collectivités territoriales peuvent librement recourir à leurs SPL dès lors que les critères de la quasi-régie sont remplis

Si la qualification de la SPL en prestataire intégré permet à la collectivité territoriale qui la compose d'y recourir sans application préalable des règles de publicité et de mise en concurrence (2.1.), ces règles ne sauraient cependant être écartées par la SPL elle-même dont les marchés sont passés conformément aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics (2.2.).

2.1. La loi est conforme à la jurisprudence en matière de quasi-régie

Le juge communautaire a précisé au fil de sa jurisprudence, depuis son arrêt Teckal du 18 novembre 1999⁷, les deux conditions cumulatives permettant la reconnaissance d'une relation de quasi-régie :

- le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur sur son cocontractant doit être comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services,
- l'activité du cocontractant doit être principalement consacrée à ce pouvoir adjudicateur.

Le juge reconnaît la quasi-régie, y compris lorsque le prestataire intégré est détenu par plusieurs collectivités publiques, considérant que le contrôle peut « être exercé conjointement par ces autorités, statuant, le cas échéant, à la majorité⁸ » et que l'essentiel de son activité est réalisée, « non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble⁹ ».

Le Conseil d'État a fait sien le raisonnement de la Cour de justice de l'Union européenne¹⁰.

Quant à la SPL, elle est une société à capital entièrement public, composée de collectivités territoriales ou de leurs groupements. Elle exerce son activité exclusivement pour le compte des personnes publiques qui la composent. Dans une SPL à capitaux entièrement publics, il ne participe aucune personne privée.

La loi est donc conforme à la jurisprudence et aux directives européennes sur la passation des marchés publics. À ce titre, le recours à la SPL échappe à l'obligation de mise en concurrence, sans violer le principe d'égalité.

Cependant, la loi instaure une présomption de quasi-régie qui pourrait être renversée si les critères jurisprudentiels n'étaient pas remplis dans les faits. Si les rédacteurs de la loi ont veillé à prendre en compte les exigences dégagées par la jurisprudence jusque dans ses derniers développements, il n'en demeure pas moins que les collectivités territoriales devront redoubler de vigilance pour que, dans les faits, les critères de la quasi-régie soient effectivement remplis.

La relation de quasi-régie s'appréciera au cas par cas, le cas échéant par le juge, qui tiendra compte non seulement de l'ensemble des dispositions législatives, mais également des circonstances pertinentes du cas d'espèce. Il appartiendra donc aux collectivités d'être vigilantes¹¹ dans la constitution de leurs SPL et de ne pas s'écarter des éléments dégagés par la jurisprudence communautaire. Afin de ne pas fragiliser leurs opérations, les collectivités devront en particulier veiller à ce que les SPL n'acquiescent aucune vocation de marché susceptible de concurrencer les entreprises privées.

⁷ CJUE, 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98.

⁸ CJUE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, pt 54.

⁹ CJUE, 11 mai 2006, Carbotermo Spa, C-340/04, pt. 70.

¹⁰ CE, 4 mars 2009, Syndicat national des industries d'information de santé, req. n° 300481.

¹¹ « Utilisez la société publique locale, mais respectez le mode d'emploi », AJDA, 28 juin 2010, Questions à Catherine Bergeal, directrice des affaires juridiques de Bercy, pages 1228 et 1229.

Dès lors que la SPL respecte les critères de la quasi-régie, le risque de délit de favoritisme est à écarter. En revanche, si ces critères ne sont pas réunis, l'infraction pourra être constituée si la personne publique n'a pas pris la précaution de mettre la SPL en concurrence.

Le risque de délit de favoritisme est écarté dès lors que la SPL respecte les critères de la quasi-régie

Par ailleurs, tout risque de prise illégale d'intérêts ne peut être écarté, la SPL constituant une entité juridique distincte de la collectivité territoriale. Cependant, si les critères de la quasi-régie sont remplis, ce risque apparaît faible. En effet, compte tenu de la relation d'exclusivité de la SPL à l'égard des collectivités qui la composent et de son capital exclusivement public, le conflit entre les intérêts poursuivis par la collectivité et ceux de la SPL est difficilement identifiable, dans la mesure où ces intérêts sont identiques.

2.2. Les marchés de la SPL sont soumis au droit des marchés publics

Que les opérateurs économiques se rassurent, la qualité de prestataire intégré n'implique pas une exclusion pure et simple des règles de publicité et de mise en concurrence puisque la SPL, en tant que pouvoir adjudicateur, est soumise aux dispositions de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

Dès lors que la SPL ne dispose pas des moyens suffisants lui permettant d'exécuter elle-même l'ensemble de ses missions, elle fera appel à l'intervention de prestataires extérieurs. Les marchés de la SPL avec ces opérateurs économiques sont conclus après publicité et mise en concurrence, en application des règles prévues par l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée.

L'application de l'ordonnance de 2005, et non celle du code des marchés publics, permet à la SPL de bénéficier du régime juridique plus souple prévu par cette ordonnance, et des libertés qu'elle laisse au pouvoir adjudicateur en matière d'exécution du marché.

Juliette Chauliac (Direction des affaires juridiques)